

C'est **en violation du droit** que la Cour de justice genevoise a retenu que le courrier envoyé par l'Office cantonal à la société de livraison ne constituait pas une décision au sens de l'art. 4 LPA/GE.

Constituait une **décision**, susceptible de recours, le courrier de l'Office cantonal de l'emploi, intitulé « autorisation de pratiquer l'activité de location de services » et impartissant à l'intéressée un délai pour déposer une demande d'autorisation de pratiquer une telle activité et son dossier complet, ainsi qu'une sûreté, sans toutefois la sanctionner à ce stade.

Composition

Mmes et M. les Juges fédéraux

Aubry Girardin, Présidente, Ryter et Kradolfer.

Greffière : Mme Meyer.

Participants à la procédure

A. Sàrl,

représentée par Me Tano Barth, avocat,
recourante,

contre

Office cantonal de l'emploi du canton de Genève, Service juridique, rue des Gares 16, 1201 Genève,
intimé.

Objet

Législation sur le travail,

recours contre l'arrêt de la Cour de justice de

la République et canton de Genève, Chambre administrative, 1^{ère} section, du 20 octobre 2023
(ATA/1154/2023).

Faits :

A.

La société A. Sàrl (ci-après: la Société), inscrite au registre du commerce en avril 2018, a pour but le commerce et la livraison de tous produits, notamment alimentaires, ainsi que toutes activités annexes.

B.

Le 10 mars 2023, l'Office de l'emploi de la République et canton de Genève (ci-après: l'Office cantonal) a sollicité de la Société un certain nombre de renseignements et de documents au motif qu'il lui semblait qu'elle effectuait de la location de services.

Dans sa réponse du 12 avril 2023, la Société a contesté pratiquer la location de services. Elle précisait être en relation contractuelle avec environ cinq cents restaurants dans le canton de Genève. Elle ajoutait avoir conclu un contrat de licence d'exploitation de la plate-forme B. et de prestations de

services technologiques, afin de faciliter les commandes, la facturation et l'encaissement avec les restaurants. Elle avait également un contrat avec C. pour la licence d'exploitation de l'application. Entre le 28 avril 2023 et le 8 mai 2023, l'Office cantonal a procédé à l'audition de cinq employés de la Société.

B.a. Par courrier du 9 juin 2023, adressé à l'avocat de la Société et intitulé "autorisation de pratiquer l'activité de location de services" (art. 105 al. 2 LTF), l'Office cantonal a imparti à l'intéressée un délai au 10 juillet 2023 pour déposer une demande d'autorisation de pratiquer une telle activité et son dossier complet. En se référant à la jurisprudence du Tribunal fédéral concluant à l'existence d'une relation de travail entre Uber et les livreurs utilisant son application, l'Office cantonal ajoutait ce qui suit: "après instruction du dossier [...], il appert [que la Société] loue les services de ses livreurs à B. et qu'elle est ainsi un bailleur de services. Par conséquent, [la Société] doit être en possession d'une autorisation de pratiquer l'activité de location de service[s]". L'Office cantonal précisait que "passé [le] délai [imparti au 10 juillet 2023], sans dossier complet [...], [il] rendra une décision qui pourrait être assortie du retrait de l'effet suspensif". Le courrier de l'Office cantonal du 9 juin 2023 énumérait les documents à transmettre avec la demande d'autorisation et rappelait notamment les exigences concernant la personne responsable de la société et la nomination d'un organe de révision. Dans ce courrier, l'Office cantonal exigeait aussi qu'une sûreté soit fournie, dans le même délai.

B.b. La Société a recouru devant la Chambre administrative de la Cour de justice de la République et canton de Genève (ci-après: la Cour de justice), en concluant à ce que la "décision attaquée" soit annulée et réformée en ce sens qu'il soit constaté, en substance, qu'elle ne faisait pas de la location de services. L'Office cantonal concluait, quant à lui, à l'irrecevabilité du recours. A son avis, aucune décision d'assujettissement n'avait encore été rendue; le courrier du 9 juin 2023 constituait un courrier type qu'il adressait aux sociétés exerçant une activité de placement privé et/ou de location de services soumise, selon lui, à autorisation.

La Cour de justice a déclaré le recours de la Société irrecevable par arrêt du 20 octobre 2023. Elle a retenu, en substance, qu'aucune sanction ne figurait dans le document litigieux, de sorte qu'il ne modifiait pas la situation juridique de la Société et ne constituait donc pas une décision.

C.

Agissant par la voie du recours en matière de droit public devant le Tribunal fédéral, la Société conclut à l'annulation de l'arrêt de la Cour de justice et au renvoi de la cause devant celle-ci pour qu'elle entre en matière sur le recours.

L'Office cantonal conclut au rejet du recours. La Cour de justice persiste dans les considérants et le dispositif de son arrêt. Le Secrétariat d'Etat à l'économie (SECO) ne se détermine pas. La Société renonce à déposer des observations complémentaires.

Considérant en droit :

1.

Le Tribunal fédéral examine d'office sa compétence (art. 29 al. 1 LTF) et contrôle librement la recevabilité des recours qui lui sont soumis (cf. ATF 149 II 66 consid. 1.3; 148 I 160 consid. 1).

1.1. Déposé en temps utile (art. 100 al. 1 LTF) et dans les formes requises (art. 42 LTF; Règlement du Tribunal fédéral du 20 février 2017 sur la communication électronique avec les parties et les autorités précédentes [RCETF; RS 173.110.29]), par la société destinataire de l'arrêt attaqué qui a un intérêt digne de protection à son annulation ou à sa modification (art. 89 al. 1 LTF), le recours, dirigé contre un arrêt d'irrecevabilité, qui est une décision finale (art. 90 LTF), rendue en dernière instance cantonale par un tribunal supérieur (art. 86 al. 1 let. d et al. 2 LTF), dans une cause de droit public (art. 82 let. a LTF) ne tombant sous le coup d'aucune exception prévue à l'art. 83 LTF, est recevable.

1.2. La Cour de justice ayant déclaré irrecevable le recours déposé devant elle, seule la question de la recevabilité peut être portée devant le Tribunal fédéral, qui n'a, à ce stade, pas à examiner le fond de la contestation (cf. ATF 144 II 184 consid. 1.1; 139 II 233 consid. 3.2; 135 II 38 consid. 1.2).

2.

2.1. Saisi d'un recours en matière de droit public, le Tribunal fédéral contrôle librement le respect du droit fédéral, qui comprend les droits de nature constitutionnelle (cf. art. 95 let. a et 106 al. 1 LTF). Sauf dans les cas cités expressément à l'art. 95 LTF, un tel recours ne peut pas être formé pour violation du droit cantonal en tant que tel. Il est néanmoins possible de faire valoir que l'application du droit cantonal consacre une violation du droit fédéral, en particulier qu'elle est arbitraire au sens de l'art. 9 Cst. ou contraire à un autre droit constitutionnel (cf. ATF 145 I 108 consid. 4.4.1). Le Tribunal fédéral n'examine toutefois le moyen tiré de la violation de droits fondamentaux, ainsi que celle de dispositions de droit cantonal, que si ce grief a été invoqué et motivé par la partie recourante, c'est-à-dire s'il a été expressément soulevé et exposé de façon claire et détaillée (cf. art. 106 al. 2 LTF; cf. ATF 147 IV 329 consid. 2.3; 142 V 577 consid. 3.2; 141 I 36 consid. 1.3).

2.2. Le Tribunal fédéral conduit son raisonnement juridique sur la base des faits établis par l'autorité précédente (art. 105 al. 1 LTF), sous réserve des cas prévus à l'art. 105 al. 2 LTF (ATF 148 I 160 consid. 3). La partie recourante ne peut critiquer les constatations de fait ressortant de la décision attaquée que si celles-ci ont été effectuées en violation du droit au sens de l'art. 95 LTF ou de manière manifestement inexacte, c'est-à-dire arbitraire, et si la correction du vice est susceptible d'influer sur le sort de la cause (art. 97 al. 1 LTF; ATF 148 I 160 consid. 3; 145 V 188 consid. 2; 142 II 355 consid. 6). Conformément à l'art. 106 al. 2 LTF, la partie recourante doit expliquer de manière circonstanciée en quoi ces conditions seraient réalisées. A défaut, il n'est pas possible de tenir compte d'un état de fait qui diverge de celui qui est contenu dans l'acte attaqué (ATF 148 I 160 consid. 3; 145 V 188 consid. 2; 137 II 353 consid. 5.1).

3.

Le litige porte sur la question de savoir si c'est conformément au droit que la Cour de justice a retenu que le courrier envoyé par l'Office cantonal à la recourante le 9 juin 2023 ne constituait pas une décision au sens de l'art. 4 de la loi genevoise du 12 septembre 1985 sur la procédure administrative (LPA; rs/GE E 5 10) et déclaré par conséquent le recours déposé devant elle irrecevable.

4.

La recourante se plaint d'arbitraire dans l'établissement des faits. Elle reproche à l'instance précédente de n'avoir pas retenu dans son état de fait que l'Office cantonal l'avait informée, dans trois courriers et un courriel, tous antérieurs à celui du 9 juin 2023 attaqué devant la Cour de justice, que l'activité de location de services était soumise à autorisation et que quiconque exerçait cette activité sans en disposer s'exposait à des sanctions pénales et à une interdiction d'exercer son activité. La recourante estime avoir reçu, dans ces courriers et ce courriel, des menaces de sanctions dont l'instance précédente aurait omis de tenir compte.

4.1. Il n'y a arbitraire dans l'établissement des faits ou l'appréciation des preuves que si le juge n'a manifestement pas compris le sens et la portée d'un moyen de preuve, s'il a omis, sans raison sérieuse, de tenir compte d'un moyen important propre à modifier la décision attaquée ou encore si, sur la base des éléments recueillis, il a fait des déductions insoutenables (cf. ATF 148 IV 39 consid. 2.3.5; 146 IV 88 consid. 1.3.1; 144 II 281 consid. 3.6.2).

4.2. En l'occurrence, on ne voit pas en quoi le fait que l'Office cantonal ait renseigné la recourante sur les exigences légales et les sanctions découlant de la loi fédérale du 6 octobre 1989 sur le service de

l'emploi et la location de services (LSE; RS 823.11) serait pertinent pour déterminer si le courrier en cause constitue ou non une décision. En effet, les renseignements n'entrent pas dans la catégorie des décisions (cf. infra consid. 5.3). De surcroît, les menaces de sanctions pénales et la menace expresse d'une interdiction de pratiquer alléguées par la recourante ne figurent pas dans le courrier du 9 juin 2023, qui seul a été contesté devant l'instance précédente. Comme celle-ci l'a retenu à juste titre, ce courrier se limite à mentionner que, dans l'hypothèse où la recourante ne transmettait pas son dossier complet dans le délai imparti, l'Office cantonal rendrait une décision et qu'il pourrait l'assortir d'un retrait de l'effet suspensif. Partant, il ne peut être reproché à la Cour de justice d'avoir fait preuve d'arbitraire en ne mentionnant pas le contenu détaillé des informations transmises à la recourante avant le courrier du 9 juin 2023 en cause. Elle a du reste retranscrit les conséquences annoncées dans ce courrier. Le grief d'arbitraire dans l'établissement des faits soulevé par la recourante doit donc être rejeté.

5.

La recourante se plaint d'arbitraire dans l'application de l'art. 4 LPA/GE, au motif que le courrier de l'Office cantonal du 9 juin 2023 aurait dû être considéré comme une décision. Elle dénonce une violation du droit à un procès équitable prévu à l'art. 29 al. 1 Cst. et de la garantie d'accès au juge découlant de l'art. 29a Cst., au motif que l'instance précédente a refusé d'examiner la question de savoir si elle était assujettie ou non à la LSE en déclarant son recours irrecevable.

5.1. Selon l'art. 29 al. 1 Cst., toute personne a droit, dans une procédure judiciaire ou administrative, à ce que sa cause soit traitée équitablement et jugée dans un délai raisonnable. L'art. 29a Cst. prévoit que toute personne a droit à ce que sa cause soit jugée par une autorité judiciaire. Les garanties d'accès à la justice ancrées aux art. 29 et 29a Cst. ne s'opposent pas à une réglementation de l'accès des justiciables aux tribunaux, ni en particulier aux conditions de recevabilité habituelles des recours (cf. ATF 143 I 344 consid. 8.2; 136 I 323 consid. 4.3; arrêt 1C_593/2016 du 11 septembre 2017 consid. 3 et les références citées).

5.2. En vertu des art. 86 al. 2, 110 et 111 LTF, toutes les décisions qui peuvent être attaquées devant le Tribunal fédéral en vertu de l'art. 82 let. a LTF doivent aussi pouvoir être attaquées devant la dernière instance cantonale. La notion de décision de droit cantonal doit donc être interprétée au moins aussi largement que celle de droit fédéral, qui est librement examinée par le Tribunal fédéral (cf. ATF 137 I 296 consid. 4.1; arrêts 2C_1042/2022 du 22 juin 2023 consid. 5.2; 2C_335/2019 du 17 août 2020 consid. 5.1).

5.3. La notion de décision vise, d'une manière générale, toute mesure que prend une autorité, dans un cas individuel et concret, en vue de produire un certain effet juridique. Les décisions qui ont pour objet de créer, modifier ou supprimer un droit ou une obligation ou encore de rejeter ou déclarer irrecevable une demande tendant à l'une de ces fins, sont des décisions formatrices. Les décisions qui constatent l'existence ou l'inexistence d'un droit ou d'une obligation sont dites constatatoires (cf. ATF 135 II 328 consid. 2.1; 130 V 388 consid. 2.3; arrêt 2C_777/2009 du 21 avril 2010 consid. 2.2). Les décisions sont donc des actes de l'autorité qui règlent de manière unilatérale et contraignante un rapport juridique dans un cas particulier (cf. ATF 135 II 30 consid. 1.1; arrêts 1C_113/2015 du 18 septembre 2015 consid. 2.2 et 2.3; 2C_777/2009 précité consid. 2.2). En revanche, de simples déclarations, comme des opinions, des communications, des prises de position, des recommandations et des renseignements n'entrent pas dans la catégorie des décisions, faute de caractère juridique contraignant. Pour déterminer s'il y a ou non décision, il y a lieu de considérer les caractéristiques matérielles de l'acte. Un acte peut ainsi être qualifié de décision (matérielle), si, par son contenu, il en a le caractère, même s'il n'est pas intitulé comme tel et ne présente pas certains éléments formels typiques d'une décision, telle l'indication des voies de droit (cf. arrêts 2C_495/2021 du 9 février 2022 consid. 3.2; 1C_361/2019 précité consid. 3.1.2; 2C_282/2017 précité consid. 2.1 et les arrêts cités). Les

juges fédéraux ont déjà retenu, dans une affaire où la partie recourante avait demandé confirmation qu'elle avait le droit de distribuer des tracts sur le domaine public sans avoir à demander d'autorisation, que le courrier de réponse de l'autorité cantonale, qui lui imposait l'obligation de déposer une demande d'autorisation, constituait une décision contre laquelle l'intéressée devait pouvoir recourir (cf. arrêt 1C_113/2015 précité consid. 2.3 et 3).

5.4. Dans l'arrêt attaqué, la Cour de justice a retenu que le courrier du 9 juin 2023 litigieux ne constituait pas une décision car il ne contenait aucune sanction pour le cas où la recourante ne se plierait pas aux demandes de l'Office cantonal, en particulier si elle s'abstenait de déposer la demande d'autorisation avec les documents demandés et ne fournissait pas une sûreté. Selon l'instance précédente, ce courrier ne modifiait ainsi pas la situation juridique de la recourante. L'instance précédente soulignait que l'autorité cantonale n'avait pas déterminé le montant de la sûreté et qu'il n'était pas établi que l'instruction serait terminée. Elle ajoutait que le courrier en cause ne remplissait pas les conditions d'une décision constatatoire car il ne contenait ni motivation ni même les faits que l'autorité aurait considéré comme pertinents. En cas de soumission de la recourante à la LSE, une décision formatrice serait rendue, contre laquelle elle pourrait recourir.

5.5. Le raisonnement de la Cour de justice ne peut pas être suivi. En effet, il ressort des faits de l'arrêt attaqué, qui lie le Tribunal fédéral (art. 105 al. 1 LTF), que, dans son courrier du 9 juin 2023, l'Office cantonal affirmait sans ambiguïté qu'il découlait de l'instruction du dossier, comprenant notamment l'audition de cinq chauffeurs, l'analyse de l'activité de la recourante et la prise en compte de ses déterminations, que celle-ci était un bailleur de services devant être en possession d'une autorisation de pratiquer une telle activité. L'Office cantonal lui impartissait un délai pour déposer une demande d'autorisation de pratiquer cette activité, son dossier et fournir une sûreté. Il lui signifiait aussi que, faute d'obtenir les renseignements exigés dans le délai fixé, il rendrait une décision pouvant être assortie de l'effet suspensif. Or, les juges précédents ne tirent aucune conséquence juridique de ces éléments. Pourtant, le constat que la recourante est un bailleur de services, assujéti à la LSE, implique une modification de sa situation juridique. En effet, par ce courrier, l'Office cantonal a enjoint à la recourante de respecter les obligations spécifiques que la LSE impose aux bailleurs de services (cf. ATF 148 II 426 consid. 5.2; 120 Ia 89 consid. 2c; arrêt 2C_356/2012 du 11 février 2013 consid. 3.3), parmi lesquelles l'obligation d'obtenir une autorisation de pratiquer la location de services (cf. art. 12 et 13 LSE), une astreinte à fournir des sûretés en garantie des prétentions de salaire découlant de son activité de location de services (cf. art. 14 LSE) et l'obligation de renseigner (cf. art. 17 LSE). Le courrier du 9 juin 2023 en cause constate non seulement que la recourante est un bailleur de services assujéti à la LSE, mais il va plus loin. En effet, en lui impartissant un délai, au-delà duquel sera rendue une décision pouvant être assortie de l'effet suspensif, l'Office cantonal impose à la recourante, de manière unilatérale et contraignante, de respecter les obligations susmentionnées, en particulier l'obligation de renseigner et de demander une autorisation de pratiquer la location de services, dont la violation peut faire l'objet de sanctions pénales (cf. art. 39 al. 1 let. a et al. 2 let. b LSE). Partant, le courrier du 9 juin 2023 excède le simple renseignement donné par le biais d'un courrier-type. Il instaure un rapport juridique obligatoire et contraignant entre l'autorité et la recourante et revêt donc, matériellement, un caractère décisionnel au sens défini par la jurisprudence fédérale de sorte que la recourante doit pouvoir recourir contre cet acte (cf. supra consid. 5.2).

5.6. Il importe peu que l'acte du 9 juin 2023 annonce qu'une décision ultérieure sera rendue, dont la nature n'est du reste pas précisée. Au vu de l'intitulé et du contenu de l'acte du 9 juin 2023 en cause, il y a lieu de retenir que cette décision future aura pour objet l'octroi ou le refus d'une autorisation de pratiquer la location de services. En effet, dans son courrier du 9 juin 2023, l'Office cantonal exigeait la production de documents visant à déterminer si la recourante remplissait les conditions de l'octroi d'une autorisation au sens de l'art. 13 LSE, notamment si elle était inscrite au registre du commerce (cf. art. 13 al. 1 let. a LSE), disposait d'un local approprié (cf. art. 13 al. 1 let. b LSE) et si la personne responsable de la société était en mesure d'assurer une location de services satisfaisant aux règles de

la profession et jouissait d'une bonne réputation (cf. art. 13 al. 2 let. b et c LSE). A l'évidence, il ne s'agissait plus ici d'examiner la qualité de bailleur de services au sens de la LSE de la recourante (cf. également art. 17 al. 2 LSE). Par conséquent, le fait que la recourante puisse recourir contre cette décision ultérieure ne saurait la priver de la possibilité de contester l'acte du 9 juin 2023, qui lui impose de remplir des obligations dont elle conteste le bien-fondé et dont la violation pourrait, de par la loi (cf. art. 39 LSE), faire l'objet de sanctions pénales. De plus, si la recourante donnait suite aux injonctions de l'Office cantonal, en demandant l'octroi d'une autorisation de pratiquer la location de services, et qu'elle se voyait délivrer ladite autorisation, on voit mal qu'elle puisse recourir ensuite contre cette décision pour contester son assujettissement à la LSE.

5.7. En définitive, en déclarant irrecevable le recours interjeté contre l'acte du 9 juin 2023, l'instance précédente a non seulement méconnu la notion de décision, mais a aussi violé les art. 29 et 29a Cst., en empêchant la recourante d'obtenir un contrôle judiciaire de cet acte.

6.

Il en découle que le recours doit être admis, l'arrêt attaqué annulé et la cause renvoyée à la Cour de justice pour qu'elle traite le courrier du 9 juin 2023 comme une décision et qu'elle entre en matière sur le recours déposé par la recourante.

7.

La recourante, qui a obtenu gain de cause avec l'aide d'un mandataire professionnel, a droit à des dépens, point sur lequel le Tribunal fédéral doit statuer d'office (cf. art. 68 al. 1, 71 LTF et art. 69 al. 1 PCF; Grégory Bovey, in Commentaire de la LTF, 3e éd., 2022, n° 53 ad art. 68). Il convient de les mettre à la charge de la République et canton de Genève (art. 68 al. 2 LTF). Il ne sera pas perçu de frais judiciaires (art. 66 al. 4 LTF).

Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce :

1.

Le recours est admis. L'arrêt attaqué est annulé et la cause est renvoyée à l'autorité précédente pour qu'elle entre en matière sur le recours déposé par la recourante.

2.

Il n'est pas perçu de frais judiciaires.

3.

La République et canton de Genève versera à la recourante la somme de 2'500 fr. à titre de dépens.

4.

Le présent arrêt est communiqué au représentant de la recourante, à l'Office cantonal de l'emploi du canton de Genève, à la Cour de justice de la République et canton de Genève, Chambre administrative, 1ère section, et au Secrétariat d'Etat à l'économie (SECO).

Lausanne, le 21 février 2024

Au nom de la IIe Cour de droit public
du Tribunal fédéral suisse

La Présidente : La Greffière :